La promesse unilatérale de vente : examen critique du droit positif sur la violation de la PUV par le promettant

« *Pour les impécunieux, les indécis et les inquiets, les contrats préparatoires à la vente d'immeuble domestiquent le temps. Les prévoyants ne peuvent plus s'en dispenser. Souvent même les impatients doivent s'y résoudrent.*

A tous ceux qui ne disposent pas des moyens propres à financer une acquisition immédiate, que la décision de vendre ou d'acheter angoisse encore, qui réfléchissent ou tergiversent, qui entendent vérifier que l'immeuble à acquérir est bien conforme à leurs désirs ou à leurs rêves, à tous ceux-là les contrats préparatoires apportent la satisfaction d'un premier pas et un avantage certain »[1].

Les « contrats préparatoires à la vente » sont définis par le Pr. Collart-Dutilleul[2] comme étant des « *conventions qui ont pour but de préparer la réalisation de la vente, et pour effet d'engendrer des droits spécifiques, différents de ceux qui naîtront plus tard si les contractants conduisent à son terme le processus contractuel qu'ils ont engagé ».*

Ces types de contrats se distinguent des contrats de négociations ou accords de principes, qui font partie de la famille des « contrats de pourparlers ». Les contrats préparatoires excluent par leur nature les pourparlers, qui ont lieu le plus souvent antérieurement à la conclusion de ces contrats. Vous comprendrez donc que l'on se rapproche encore plus du dénouement final, qu'est la conclusion du contrat, en l'occurrence du contrat de vente.

Nous limiterons notre étude à un seul de ces contrats, la promesse unilatérale de vente qui se définit comme étant une « *convention par laquelle un individu, le promettant, s'engage envers un autre qui l'accepte, le bénéficiaire, à conclure un contrat dont les conditions sont dès à présent déterminées si celui-ci le lui demande dans un certain délai. En d'autres termes, le bénéficiaire de la promesse prend acte de l'engagement du promettant, mais ne promet pas de conclure le contrat définitif. Il dispose d'une option qui lui laisse dans l'avenir la liberté de donner son consentement à celui-ci* »[3].

La promesse unilatérale se distingue de plusieurs notions voisines. Il faut tout d'abord la distinguer de la promesse unilatérale d'achat, dans laquelle la position du promettant n'est plus occupée par le vendeur mais par l'acheteur[4].

Elle diffère notamment de l'engagement unilatéral de volonté, parce qu'elle est le fruit d'une rencontre des volontés entre un promettant (le vendeur) et un bénéficiaire (le potentiel acquéreur). Certes, il n'y a qu'un des cocontractants qui est engagé à vendre, mais son obligation est née d'un contrat, à la différence de l'engagement unilatéral de volonté où la seule volonté du débiteur suffit à ce qu'il soit engagé.

A fortiori, la promesse se distingue de l'offre de vente, parce qu'elle suppose aussi la manifestation de deux volontés, elle n'est donc pas un simple « fait juridique » mais bien un « acte juridique ». Pourtant la distinction entre les deux notions a fait couler de l'encre.

[1] F. Collart Dutilleul, in « Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble », coll. Immobilier droit et gestion, sirey, 1988, n°1.

[2] Ibid.

[3] F. Terré, Ph. Simler, Y ; Lequette, in « droit civil, les obligations », Dalloz, 8e éd., n°191.

[4] Pour plus de détails, v. P-H. Antonmattei et J. Raymond, in « Droit civil et contrats spéciaux », Litec, 2e éd., 2000 ,n°46, p.52.

Lorsqu'on est confronté à une offre avec délai, on remarque un rapprochement sensible des deux notions. Mais pour autant peut-on dire que cette offre est assimilable à une PUV ? Pour parvenir à l'assimilation des deux notions, il faut alors admettre que dans l'offre avec stipulation de délai, il y a formation d'un contrat.

Pour Demolombe, lorsque la pollicitation contenait un délai et lorsque l'ensemble était porté à la connaissance du bénéficiaire, l'offre « *devait être présumée avoir (été) acceptée* » parce que « *tout entière à son avantage* »[5]. Il y avait alors formation d'un avant-contrat tacite.

Mais, l'analyse dominante considère que la rétractation hâtive de l'offrant constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité délictuelle de l'offrant[6].

La promesse unilatérale peut également se différencier du pacte de préférence. En effet, « *préférer ce n'est pas promettre* »[7]. S'agissant du pacte de préférence, le débiteur appelé également « promettant » ne donne pas son consentement au contrat de vente. Il s'engage simplement au moment où il décidera de contracter de proposer d'abord au créancier. Alors que « *l'offre, le consentement au contrat est en germe dans le pacte de préférence, il est affirmé dans la promesse* »[8]. [Le pacte de préférence peut être tout au plus assimilé à une « *promesse unilatérale conditionnelle* »[9], bien que cette analyse soit contestée par certains auteurs qui considèrent que la condition ne peut être un élément essentiel du contrat .[10]]

A la suite d'une décision de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 21 novembre 1984 s'est posée la question de savoir si l'on pouvait considérer la promesse unilatérale comme une vente sous condition suspensive de l'acceptation du potentiel acquéreur. Mais, il est bien évident que la PUV ne peut être assimilée à une vente sous la condition suspensive de l'acceptation du potentiel acquéreur, car il n'est pas possible de considérer que la vente soit déjà formée alors qu'il n'y a pas encore eu accord des volontés sur le principe même de la vente.

Se pose également la question de savoir si la PUV est un contrat synallagmatique ou un contrat unilatéral ? Rappelons tout d'abord que la PUV est en principe consentie à titre gratuit, mais qu'il est possible conventionnellement de prévoir le paiement d'une « indemnité d'immobilisation ». Le paiement de somme d'argent peut alors s'analyser comme la contrepartie de « *la double obligation souscrite par le promettant de ne pas céder à autrui le bien objet de la promesse pendant la durée de l'option et de maintenir son offre pendant ce délai »[11],* ou uniquement le *« prix de l'option* »[12]. Cela suffit certes à donner à la promesse son caractère synallagmatique. « *Mais le seul fait que le bénéficiaire se soi engagé à payer une indemnité ne transforme pas (pour autant) la promesse unilatérale en promesse synallagmatique* »[13]. En effet, « *à l'engagement de vendre ne répond pas l'engagement symétrique d'acheter qui seul caractérise la promesse synallagmatique* »[14]. Pourtant dans certains cas, la jurisprudence a requalifié la promesse unilatérale en une promesse synallagmatique, en considérant l'importance de la somme versée[15]. Ces décisions se fondent sur le fait que la pression sur le consentement du bénéficiaire est tellement forte qu'il n'a plus vraiment la possibilité de refuser. Ces décisions sont peu nombreuses et critiquées par une

---

5 Demolombe, Cours de code Napoléon, T. 24, n°21 et suiv.
6 L . Aynés, D.95. somm.88.
7 Ch. Paulin, in « Promesse et préférence », RTD com. 98. 51.
8 Ibid.
9 Cass.3e civ.,16 mars 1994, Bull. Civ. III, n°58. Rep. Defrénois, 94, p.1164, obs. L. Aynes, D., 94. J.486, note A. Fournier.
10 art. de Ch. Paulin (réf. données au n°13).
11 J.M. Olivier, note Defrénois 1986, p126 et s.
12 I.Njjar, Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, Paris 1967, sp. n°17 et suiv.
13 Op. cité F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, n°192.
14 Ibid (V. également la jurisprudence citée)
15 Cass.com, 29 avril 1986, pourvoi°84-16247 ; 25 avril 1989, Bull.civ. IV, n°136, Defrénois 1990, 1218, note Honorat.

partie de la doctrine qui considère que l'intention d'acquérir n'équivaut pas à l'engagement d'acquérir[16].

La promesse unilatérale qui semble t-il se différencie clairement du pacte de préférence, de l'offre de vente ou bien même de la promesse synallagmatique de vente, n'est pourtant fondée sur aucun texte du code civil, même si la jurisprudence la rattache à l'article 1589[17]. Cela ne l'empêche pas non plus d'être très utilisée dans les transactions immobilières.

Pour autant, bien qu'elle soit très usitée dans le monde des affaires, il n'en demeure pas moins qu'elle a connu cette dernière décennie de profonds bouleversements.

Ce revirement de jurisprudence va s'opérer par un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 15 décembre 1993[18]. Cette décision, selon le Pr. Collart-Dutilleul, va alors *« réintroduire un peu de distance entre les différents contrats préparatoires »*, et a ainsi imposé « *un retour à l'ordre de grande envergure* »[19]. Cependant si cette décision par bien des aspects a pu apparaître nécessaire, il n'en demeure pas moins qu'elle a essuyé et essuie encore de vives critiques de la part de la doctrine.

I - Un revirement de jurisprudence devenu nécessaire…

Avant de nous intéresser à l'apport de la décision de 1993, penchons-nous sur les divers éléments qui ont amené la troisième chambre civile à opérer ce ''tournant''. Ensuite, il sera plus aisé de s'intéresser à la décision, et ainsi mieux appréhender le revirement opéré.

Après s'être arrêté sur ces différents points, il faudra se tourner du côté du terrain doctrinal, aussi envisagerons-nous les arguments avancés par la doctrine plaident en faveur de la solution retenue.

A- L'arrêt du 15 décembre 1993 : une solution de circonstance

Comme il a été dit précédemment, la décision de la troisième chambre civile n'arrive pas là ''par hasard'', si la juridiction suprême a réalisé un tel revirement de jurisprudence, c'est dans le but de couper court à une certaine dérive opérée en pratique. Il sera donc opportun de s'attacher à l'état de la jurisprudence et de la doctrine avant le revirement de 1993.

1°) Une décision synonyme de *« retour à l'ordre »*[20]

Au début des années 90, s'il y a *« un certain désordre dans l'ensemble des contrats préparatoires, c'est spécialement du point de vue théorique »*[21], car en pratique, *« dans l'ensemble, les différents contrats préparatoires utilisés ont ainsi donné une bonne sécurité juridique aux vendeurs et acquéreurs ».* Pourtant, c'est ce désordre, plus théorique que pratique, qui va amener la troisième chambre civile à sa position actuelle.

[16] L. Boyer,Encycl. Dalloz dr. civil., v. Promesse de vente, n°49.

[17] L'article 1589 dispose dans son alinéa 1er : « la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix ».

[18] D.1994.J. p.507, note Bénac-Schidt ; JCP 95, II, n°22366, note D. Mazeaud; Defrénois 94, p.795 obs. Delebecque ; JCP éd. N 95, I, p.194, obs. Terrsson de Fougères.

[19] Ibid, p.61.

[20] Ce titre est utilisé par le Pr. Collart-dutilleul, op. Cité, p.60.

[21] Ibid., p.59.

a) Les avant-contrats affectés par un «désordre théorique»

Ces difficultés d'ordre théorique vont affecter à cet égard aussi bien le pacte de préférence que la promesse unilatérale de vente ou la promesse synallagmatique de vente.

- Pacte de préférence et promesse unilatérale de vente

En effet, la jurisprudence initialement avait soin de distinguer les deux institutions. La violation de la promesse donnait lieu à une exécution forcée (exécution en nature) alors même que la violation du pacte de préférence ne donnait droit qu'à des dommages et intérêts (exécution par équivalent). Mais dans un élan sécuritaire, celle-ci va conférer au pacte de préférence un régime d'opposabilité plus fort que la promesse. Dans une décision du 4 mars 1971[22], elle va ainsi soumette le pacte à la publication obligatoire au titre des restrictions au droit de disposer.

- Promesse unilatérale de vente et promesse synallagmatique de vente

Parallèlement à ce phénomène, une assimilation progressive va se faire entre la PUV et la PSV. Comme l'indique le Pr. Collart-Dutilleul, « *les mêmes lois protectrices leur sont applicables* » et *« l'un comme l'autre peuvent être conclues sous la condition suspensive de l'obtention de prêts »*. A cela s'ajoute le fait que la jurisprudence analyse la somme versée par le bénéficiaire de la promesse d'une manière quasi-identique[23], que dans les deux cas le vendeur n'obtient jamais l'exécution forcée et que l'utilisation de l'une ou l'autre dépend plus « *des habitudes du professionnel rédacteur* » qu'à autre chose[24].

Cette tendance s'est doublée d'un renversement des valeurs. En effet, alors que la PSV (vente conditionnelle) nécessitait la rédaction d'un acte authentique, en pratique, elle ne l'était généralement pas. A l'inverse, la PUV était majoritairement conclue par acte authentique. La pratique des affaires confondait donc les deux mécanismes.

Aussi souligne t-il le fait, que d'un côté la doctrine avait tendance à « *tirer par le haut* » la PUV en cherchant à faire reconnaître l'existence d'un « *droit potestatif* » et de l'autre, la jurisprudence avait tendance à « *tirer vers le bas* » la promesse synallagmatique, en considérant que le vendeur n'était tenu que d'une obligation de faire tant que la vente n'était pas réalisée[25].

A la veille de la décision du 15 décembre 1993, *« le pacte de préférence bénéficiait d'une opposabilité plus forte que celle de la promesse unilatérale et où celle-ci engendrait un effet obligatoire plus fort que la promesse synallagmatique ».*

---

[22] Dans un arrêt rendu le 4 mars 1971, la troisième chambre civile (Cass. 3e Civ., 4 mars 1971, Bull.civ.III, n°164; D., 1971,358, note Franck) a soumis le pacte de préférence à la publication obligatoire au titre des restrictions au droit de disposer (art.28-2°, D. 4 janvier 1955), avec l'avantage qui s'y attache de l'opposabilité aux tiers. Ainsi que l'explique le Pr. Collart-Dutilleul (chron. op. cit., p.64) « l'exécution du pacte inter partes suppose que la priorité soit donnée au bénéficiaire sur les tiers intéressés ; c'est l'objet même du contrat. Autrement dit, le pacte tire l'essentiel de sa force obligatoire de son opposabilité. Par conséquent, élever l'opposabilité du pacte aux tiers conduisait à renforcer d'autant son effet obligatoire, et ce d'autant plus si l'on admet la substitution du bénéficiaire du pacte au tiers évincé (ce qui équivaut à une exécution en nature) ».

[23] Indemnité d'immobilisation pour la PUV et dépôt de garantie pour la PSV.

[24] Le Pr Collart-Dutilleul précise que subsistait un élément qui les distinguait, la faculté de substitution, mais il ajoute que « cette différence n'a pas résisté » (V. jurisprudence citée).

[25] Cass3e civ., 2 avril 1979, Bull. civ. III, n°84 ; RDI 80, 7, obs. Groslière et Jestaz.

b) Point de départ d'un retour à l'ordre ?

Suite à l'arrêt du 15 décembre 1993, un arrêt du 16 mars 1994 intervenu en matière de pacte de préférence est venu préciser que « le pacte de préférence qui s'analyse en une promesse unilatérale conditionnelle, ne constitue pas une restriction eu droit de disposer » [26]et conclu que les juges du fond ont violé le décret du 4 janv. 1955, imposant une publicité obligatoire.

Le 20 décembre 1994, la troisième chambre civile statuant à propos d'une PSV admet explicitement que celle-ci puisse tantôt valoir vente, tantôt s'analyser en un véritable avant contrat synallagmatique ne valant pas vente [27] et admet implicitement la réalisation forcée de la PSV – valant vente.

D'après le Pr. Collart-Dutilleul, la jurisprudence semblerait avoir remis de l'ordre dans la hiérarchie des avant-contrats.

● Restauration d'une hiérarchie au plan de l'effet obligatoire

Ces trois décisions permettent d'établir une véritable hiérarchie entre les différents contrats préparatoires. En effet, le pacte de préférence n'engage pas le promettant à vendre et est assimilable à une promesse conditionnelle. Si le promettant viole la convention, il est seulement tenu d'allouer des dommages et intérêts à son cocontractant.

La PUV n'engage quant à elle, que le promettant à vendre, mais seulement avant la levée de l'option, le vendeur n'est tenu qu'à une obligation de faire insusceptible d'exécution forcée. Une fois l'option levée, la promesse unilatérale de vente se transforme en PSV et vaut vente.

S'agissant de la PSV, lorsqu'elle ne vaut pas vente, elle est insusceptible d'exécution forcée et ne donne lieu qu'à l'allocation de dommages et intérêts, le vendeur n'étant tenu lui aussi qu'à une obligation de faire. A l'inverse, si elle vaut vente, le co-contractant victime peut contraindre le vendeur à l'exécution forcée de la vente.

• Restauration de la hiérarchie au plan de l'opposabilité aux tiers

Le pacte de préférence n'étant plus soumis obligatoirement à la publication au titre des restrictions au droit de disposer et s'analysant en une simple promesse conditionnelle, il ne bénéficie plus de l'opposabilité – renforcée – attachée aux actes publiés.

Quant à la PSV, elle se détache nettement de la PUV par l'admission de l'exécution forcée – après la levée d'option. Cette sanction en nature autorise l'acquéreur à bénéficier de la publicité de l'article 37-2 du décret du 4 janvier 1955 (publication de la demande en justice en réitération authentique et publication du jugement tenant lieu d'acte authentique).

Concernant la PUV, rien ne change. Le bénéficiaire conserve la protection minimale liée à la publicité facultative et informative de la promesse

[26] Comp. avec note 22.

[27] Les parties peuvent en effet clairement indiquer que la réitération de leur volonté par acte notarié est un élément constitutif de leur consentement.

La décision du 15 décembre 1993 a cependant des effets pervers[28]. Ne s'agit-il pas d'une simple restauration de façade de la hiérarchie entre les différents avant-contrats ?

c) Des questions peu débattues remises à l'ordre du jour

Certaines interrogations, notamment la nature de l'obligation du promettant avant et après la levée de l'option n'avaient pas encore défrayé la ‘‘chronique'' et cela pour la bonne raison que la jurisprudence paraissait favorable à l'exécution forcée de la promesse (en cas de violation par le promettant) avant même que l'option soit levée[29].

La doctrine rejetait donc la démonstration de L. Boyer[30] tendant à faire de l'obligation du vendeur (avant la réunion des volontés), une obligation de faire, l'obligation du vendeur s'apparentant plutôt à une obligation de ne pas faire. Elle s'opposait également à la thèse tendant à faire de celle-ci une obligation de donner, pour la simple raison que le contrat conclue n'emporte pas transfert de propriété.

Pourquoi ne pas avoir opter pour l'obligation de ne pas faire ? Certes le promettant est tenu de ne pas accomplir d'actes ou de faits susceptibles de faire disparaître l'un des éléments essentiels du contrat envisagé. Mais, selon certains auteurs, l'obligation de ne pas faire n'aurait aucun intérêt puisqu'elle se confondrait avec l'exécution du contrat. De plus, le promettant n'aurait pas simplement à assumer une simple obligation de ne pas faire parce que, *« c'est un effet plus profond qu'il faut reconnaître au vendeur »* [31].

La doctrine s'accordait donc plus ou moins pour voir dans l'obligation du vendeur une obligation potestative[32].

Cependant, le débat va reprendre de l'intérêt suite à la décision du 15 décembre 1993, que nous allons envisager dès à présent.

2°) Une solution, reflet d'une nouvelle logique juridique

Arrêtons-nous tout d'abord sur les circonstances de l'espèce, puis nous envisagerons les différents apports.

a) Les circonstances de l'espèce

Dans cette affaire, la promettante (Mme Godard) avait consenti, le 22 mai 1987, aux consorts Cruz (les bénéficiaires), une promesse de vente d'un immeuble, valable jusqu'au 1er septembre 1987.Toutefois quatre jours plus tard, elle avait notifié sa décision de ne plus vendre. Mais les bénéficiaires avaient malgré tout décidé de lever l'option le 10 juin 1987. La venderesse ne consentant toujours pas à vendre l'immeuble, ils l'assignèrent en réalisation

---

[28] V. 2e partie : Le promettant pourra se rétracter et vendre à un tiers, sans que le second contrat puisse être annulé. Le promettant sera seul tenu responsable et le bénéficiaire de la PUV ne pourra obtenir que l'allocation de dommages et intérêts.

[29] Civ. 1re , 5 nov. 1952, bull.civ. I, n°289; Cass. 3e civ., 19 février 1970, Gaz. Pal. 1970.1.282. (V. également jurisprudence citée dans le commentaire de la décision de l'arrêt du 13 déc. 1993 par F. Bénac-Schmidt, D.,94, J., 507 ; également jurisprudence citée D.94, somm., p.230).

[30] Les promesse synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-conrats ; RTD. Civ. 1949, p.1 et s.

[31] I. Najjar op. Cité, p.24.

[32] V. en ce sens L .Boyer, Malaurie et Aynes.

forcée de la vente. Mais déboutés en appel, ils firent valoir dans leur pourvoi, que l'obligation du vendeur constituait une obligation de donner et qu'en rejetant leur demande aux motifs que l'obligation inexécutée était une simple obligation de faire, la Cour d'appel avait ainsi violé les articles 1134 et 1589 du code civil.

Ainsi qu'il a été précédemment indiqué, dans ces circonstances la jurisprudence avait tendance à ordonner l'exécution forcée, mais il n'en fut rien.

La troisième chambre civile dans cette décision va décider que *« la cour d'appel ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir »* et va déclarer le moyen infondé.

La Cour de cassation, dans cet arrêt effectue un revirement de jurisprudence, aussi intéressons-nous aux éléments qui ont permis de bâtir ce raisonnement.

b) Une décision juridiquement fondée aux conséquences considérables

Comme l'indique le Pr. Collart-Dutilleul, la décision est « *parfaitement justifiable en droit strict pour peu que l'on admette* » :

1- « *que le promettant ne donne pas un consentement définitif et irrévocable à la vente dès la promesse, et rien dans le Code civil ne s'y oppose* » ;
2- « *que sa promesse se concrétise par une obligation de faire, ce que beaucoup d'auteurs retiennent et qu'on justifie généralement par l'absence d'une obligation de donner tant que l'option n'est pas levée* » ;
3- « *que l'obligation de faire, en cas d'inexécution, se résout en dommages et intérêts, ce qui est parfaitement conforme à la lettre de l'article 1142 du Code civil* ».

Cette décision instaure donc une nouvelle règle. Désormais, il faudra distinguer la période antérieure à la levée de l'option de celle postérieure à celle-ci. Ainsi avant la rencontre des volontés – de vendre et d'acquérir – le promettant sera tenu d'une obligation de faire, insusceptible d'exécution forcée et sanctionnée par des dommages et intérêts (art.1142 du Code civil). Mais une fois l'option levée, comme le sous-entend la Cour, la vente sera parfaite. On peut donc supposer qu'à ce stade, la violation de la PUV devenue une PSV sera sanctionnée par une réalisation forcée de la vente.

Malgré les vives critiques, la Cour de cassation va maintenir sa solution dans un arrêt du 26 juin 1996[33].

De même une mince part de la doctrine va se rallier à cette position.

B- L'absence de rencontre des volontés formant un contrat translatif de propriété

Mme Schmidt-Szalewski et Mme Fabre-Magnan soulignent que l'arrêt « Cruz contre Godard »rendu le 15 décembre 1993 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation se justifie si l'on prend soin d'examiner l'existence ou non d'un contrat translatif de propriété.

Selon Mme Schmidt-Szalewski, la promesse unilatérale de vente est un contrat par lequel le promettant présente une offre de contrat futur au bénéficiaire et s'engage à la maintenir pendant un certain délai. Cette définition ne saurait souffrir la contradiction puisque les auteurs

[33] Cass.3eciv., 26 juin 1996, D.97,somm.p.169.

s'accordent sur ce point. En revanche, l'auteur se distingue en relevant qu'il n'existe pas de contrat translatif de propriété dès lors que la rétractation de la promesse intervient avant la levée de l'option, et ce, même si le bénéficiaire manifeste sa volonté d'acheter pendant le délai d'option.

Cette argumentation est celle retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt précité : « *la levée de l'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre de volontés réciproques de vendre et d'acquérir* ». En retirant son offre, le promettant manifeste sa volonté de ne plus vendre. Il ne saurait donc y avoir de contrat translatif de propriété L'auteur relève que la Cour de cassation fait référence à la liberté contractuelle pour fonder sa solution[34].

Mme Fabre-Magnan partage cette opinion. Elle relève qu' « avant la levée de l'option dans la promesse unilatérale de vente, il y a certes un contrat obligatoire – une promesse de vente – mais un tel contrat n'est pas translatif de propriété. Il ne saurait donc y avoir transfert forcé de propriété au bénéficiaire ». La solution serait inverse si la levée de l'option était intervenue avant la rétractation de la promesse. L'auteur ajoute que « *le contrat est certainement bien plus que l'addition de deux volontés devant faire l'objet d'une analyse séparée : c'est la coïncidence entre ces volontés qui donne toute sa valeur au contrat* ». Il est donc nécessaire que la bénéficiaire lève son option avant que le promettant rétracte son engagement pour pouvoir prétendre au transfert forcé de la propriété[35].

II - …mais une prise de position très controversée

La position adoptée par la Cour de cassation a été très critiquée par une grande partie de la doctrine (A) soulignant le caractère inopportun de la solution (B).

A – Une argumentation réfutable

De nombreux auteurs s'opposent à la décision de la Cour de cassation (1) que certains[36] qualifient de calamiteuse, et aux tentatives d'argumentation d'auteurs justifiant cette solution (2).

1°) La réfutation de l'argument jurisprudentiel

La doctrine est à la fois très critique sur la qualification de l'obligation de faire (a) et sur la sanction qui en découle (b).

a) Une qualification erronée d'obligation de faire

De nombreux auteurs critiquent la qualification retenue par la Cour de cassation à savoir qu'il pèse sur le promettant une obligation de faire. M. Boyer, dès 1949[37], a démontré que l'obligation engendrée par la promesse unilatérale de vente n'était pas une obligation de faire. En effet, le promettant n'est pas débiteur d'une obligation de faire, il doit juste exécuter la vente à laquelle il a déjà consenti dans la promesse, dès que le bénéficiaire lèvera l'option.

---

[34] La force obligatoire des avant-contrats, R.T.D.Civ. 2000 p.40
[35] *Le mythe de l'obligation de donner*, R.T.D.Civ. 1996 p. 97

[36] Malaury et Aynès, Les obligations, 10ème édition, n°356
[37] Les promesses synallagmatiques de vente, contribution à la théorie des avant-contrats, RTDCiv. 1949, p.1 s.

De plus, M. Collart Dutilleul a ajouté que le maintien de la promesse résulte de l'exécution de ce contrat et non pas d'une obligation de faire.

En outre, une obligation de faire suppose un acte positif, or dans le cadre de la promesse unilatérale de vente, le promettant doit ne pas contracter avec un tiers et ne pas se rétracter. Il est passif dans l'attente de la décision du bénéficiaire. Il serait donc plus judicieux de parler d'obligation de ne pas faire, comme l'affirme M. Bénabent[38]. Pour d'autres, il s'agirait plutôt d'une obligation de donner, c'est-à-dire de transférer la chose promise[39].

Enfin, Mme Bénac-Schmidt[40] refuse la qualification d'obligation de faire ou de donner mais s'oriente vers une qualification d' *« obligation spécifique non protégée par le législateur qui lui refuse l'opposabilité, les juges étant alors les seuls garants du respect du contrat ».*

b) Une sanction inappropriée

La Cour de cassation accorde au bénéficiaire uniquement des dommages-intérêts, ne permettant donc pas l'exécution forcée du contrat. Cette décision est très critiquable, puisqu'elle fait perdre tout l'intérêt de la promesse unilatérale de vente[41]. Toutefois, il convient de préciser que cette décision semble logique au vu de la qualification d'obligation de faire. En effet, l'article 1142 du Code civil dispose que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Mais la Cour de cassation ne semble pas se fonder sur cet article pour écarter l'exécution forcée, mais plutôt sur le fait qu'en se rétractant, le promettant a manifesté sa volonté de ne plus contracter, excluant ainsi toute rencontres de volontés réciproques de vendre et d'acheter. Mais, selon l'article 1, alinéa 1er, de la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution, le débiteur défaillant peut être contraint par son créancier d'exécuter son obligation, les seules limites étant la liberté individuelle du débiteur et le droit d'un tiers de bonne foi. L'exécution forcée aurait dû consister à obliger le promettant à maintenir son consentement pendant le délai de l'option et non pas en la réalisation de la vente, même si celle-ci interviendra lors de la levée de l'option, le résultat étant alors le même.

<u>2°) Réfutation des arguments doctrinaux</u>

De nombreux auteurs se sont élevés contre l'argument aux termes duquel la levée de l'option postérieure à la rétractation de la promesse empêche la rencontre des volontés de vendre et d'acheter. Leur argumentation repose sur l'analyse de l'engagement du promettant dès la formation de la promesse unilatérale de vente. Par l'effet d'une promesse unilatérale de vente, le promettant s'engage à vendre le bien promis à la seule condition que le bénéficiaire de l'option lève celle-ci pendant le délai contractuellement fixé. Si, selon Mme Fabre-Magnan, il est nécessaire que le bénéficiaire lève l'option avant que le promettant rétracte son engagement pour pouvoir prétendre au transfert forcé, il est suffisant, selon ses détracteurs, que l'option soit levée avant que le délai accordé au bénéficiaire n'expire pour que le contrat de vente soit formé. Selon M. Mazeaud, « *sauf à considérer que le contrat de promesse unilatérale de vente est rebelle à la règle de la force obligatoire du contrat, il convient d'admettre que la révocation unilatérale de son engagement par le promettant pendant le délai d'option ne constitue pas un obstacle à la perfection de la vente promise, laquelle dépend exclusivement de la volonté d'acquérir du bénéficiaire qui doit seulement se manifester dans le temps que le contrat lui a imparti à cette fin* »[42] Selon A. Terrasson de Fougères, il y a

---

[38] A.Bénabent, Droit civil, Les contrats spéciaux, Domat, Monchrestien 1993, spéc. n°73
[39] P.Bloch, L'obligation de transférer la propriété dans la vente, RTDCiv. 1988, n°673, et spéc. n°34
[40] D.94, p.507, jurisprudence, Françoise Bénac-Schmidt
[41] cf infra : II-B-2
[42] D. 1997, somm. comm. p. 169 ; voir aussi du même auteur, JCP 1995 jur. 22366

« engagement irrévocable de vente » dès la promesse[43]. M. Tournafond cite M. Collart-Dutilleul selon qui l'obligation du promettant avant toute levée d'option consiste en une obligation de ne pas faire, en l'occurrence celle de ne pas « *faire disparaître l'un des éléments essentiels, déjà présent du contrat envisagé* »[44]. Quoique F. Bénac-Schmidt emploie le vocable d' « offre » pour qualifier l'engagement du promettant dès la formation de la promesse, l'auteur souligne que « *l'offre contenue dans le contrat de promesse est irrévocable* »[45]. Cette analyse conduit les auteurs à préconiser l'ouverture d'une action en exécution forcée de la vente en cas de levée d'option pendant le délai, le contrat translatif de propriété étant à ce moment formé.

B-Une solution inopportune

Cette décision de la Cour de cassation semble inappropriée en pratique (1), et soulève des interrogations sur l'utilité de la promesse unilatérale de vente (2).

1°) En pratique

La violation de la promesse unilatérale de vente peut résulter soit de la vente de la chose promise à un tiers (a), soit de la rétractation du promettant (b)

a) La vente à un tiers

Lorsque la violation de la promesse unilatérale de vente se traduit par la conclusion du contrat avec un tiers, le bénéficiaire peut former une action en annulation de la vente indûment conclue et il peut également exercer une action en responsabilité.

Le champ de l'action en annulation est assez limité. D'une part, le promettant demeure le propriétaire de la chose jusqu'à la levée de l'option. Le bénéficiaire de la promesse ne peut pas, pour annuler la vente, se fonder sur l'article 1599 du Code civil relatif à la vente de la chose d'autrui puisque le promettant a vendu sa propre chose. D'autre part, la violation de la promesse ne constitue pas une cause d'annulation de la vente conclue avec un tiers. En effet, l'avant-contrat est étranger à ce dernier. L'exigence de sécurité du commerce juridique impose le sacrifice du droit personnel né de la promesse de vente.

Pour obtenir la nullité du contrat indûment conclu, le bénéficiaire ne pourra se fonder que sur la règle « Fraus omnia corruptit », en cas de collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers acquéreur. Il devra alors prouver que l'acheteur a acquis le bien en connaissance de la promesse antérieure et de la volonté du bénéficiaire de lever l'option. Le juge pourra alors décider que le droit du tiers acquéreur de mauvaise foi est inopposable au bénéficiaire. En revanche, celui-ci ne peut demander l'annulation de la vente et la restitution de la chose si celle-ci a été revendue à un nouvel acquéreur de bonne foi.

Le bénéficiaire pourra exercer une action en responsabilité contractuelle soit à titre principal, soit en complément de l'action en nullité[46]. De plus, il peut engager la responsabilité délictuelle du tiers acquéreur de mauvaise foi. En effet, le bénéficiaire peut se fonder soit sur la fraude du tiers acquéreur, soit seulement sur la faute dont il se serait rendu coupable en acceptant d'acquérir un bien qu'il savait faire l'objet de la promesse. La Cour de cassation a adopté cette position depuis un arrêt en date du 8 juillet 1975[47].

[43] *Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente*, JCP éd. N. 1995 doctr. P. 194
[44] D. 1994, somm. comm. p. 230
[45] D. 1994, p. 507
[46] CA Nancy, 4 avril 1906 ; DP 1908, 2, p. 148
[47] Cass. Civ. 3ème, 8 juillet 1975 ; Bull. n°249, p. 289 ; Gaz. Pal. 1975, 2, 781

La violation de la promesse unilatérale de vente peut aussi résulter de la rétractation du promettant.

b) La rétractation du promettant.

La promesse unilatérale de vente peut également être violée par le refus de contracter de la part du promettant. Il s'agit de l'hypothèse de l'arrêt du 15 décembre 1993 lorsque le promettant retire son offre dans le délai d'option. La Cour de cassation refuse d'appliquer comme sanction l'exécution forcée puisqu'il n'y a pas eu de rencontres de volontés. Cette solution semble assez paradoxale, car d'un côté elle exige qu'il y ait un accord de volonté pour que le contrat soit valablement formé mais de l'autre, elle porte atteinte à la force obligatoire des contrats. Elle veut donc protéger le contrat en se fondant sur le consensualisme sans respecter l'autre contrat qu'est la promesse unilatérale de vente. Elle fait ainsi prévaloir la liberté de ne pas contracter sur la force obligatoire des conventions. La promesse unilatérale de vente, étant privée de sécurité, se voit encore plus fragilisée par cette décision. En effet, en permettant au promettant de se rétracter, on peut se demander si la promesse unilatérale de vente bénéficie toujours, comme tout contrat, d'une force obligatoire.

2°) La perte de spécificité de la promesse unilatérale de vente.

La promesse unilatérale de vente a pour but de donner au bénéficiaire un délai de réflexion, lui permettant de comparer les diverses propositions présentées, de se munir d'autorisations éventuellement nécessaires, de réunir les fonds dont il aura besoin. De plus, en théorie, le promettant ne doit pas contracter avec un tiers pendant le délai d'option, perdant ainsi un moyen de pression. Mais on a vu que, sauf vente conclue avec un tiers acquéreur de mauvaise foi, le bénéficiaire de la promesse ne peut pas obtenir l'exécution forcée en cas de violation de ce contrat. Comme M. Sabatier le souligne, « par l'étendue des pouvoirs qu'il conserve, le promettant est en mesure d'agir fortement sur la volonté du bénéficiaire et de l'amener à lever l'option dans un bref délai ».

On peut s'interroger aujourd'hui sur l'utilité de la promesse unilatérale de vente. En effet, en cas de violation, le juge n'accorde que des dommages-intérêts au bénéficiaire et refuse l'exécution forcée de la promesse. Or, s'agissant de l'offre, lorsque son auteur la révoque pendant le délai où elle aurait dû être maintenue[48] ou pendant un délai raisonnable[49], il peut être condamner à des dommages-intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle et non sur celui d'une responsabilité contractuelle car on est pas dans le cadre d'une situation contractuelle. On peut donc déduire de l'arrêt du 15 décembre 1993 que la promesse de vente aurait ainsi le caractère d'une offre, ce qui est inexact, puisque les dommages et intérêts sont dans le premier cas contractuels et dans le second cas délictuels.

De plus, il est intéressant de comparer la violation de la promesse unilatérale de vente et celle du pacte de préférence. Le bénéficiaire du pacte de préférence peut demander au juge de prononcer la nullité de la vente. Mais pour cela, il devra apporter la preuve que le tiers connaissait à la fois l'existence du pacte et la volonté du bénéficiaire d'exercer la préférence. Il doit donc démontrer une collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers acquéreur. S'il n'y parvient pas, le bénéficiaire ne pourra se voir accorder que des dommages-intérêts, comme pour la violation de la promesse unilatérale de vente. Ainsi, on peut se demander quel est l'intérêt de ces deux avant-contrats, puisque, dans un cas comme dans l'autre, l'exécution forcée n'est possible que si le promettant a contracté avec un tiers acquéreur de mauvaise foi,

---

48 Cass. Civ. 3ème, 10 mai 1968 ; Bull. III, n°209

49 Cass. Civ 1ère, 17 décembre 1958 ; Bull. I , n°579

Quelle est la différence aujourd'hui entre la promesse unilatérale de vente, le pacte de préférence et l'offre ?

Pour donner plus de poids à ces avant-contrats, il faudrait stipuler dans une clause pénale un forfait élevé de dommages-intérêts, comme le propose le Professeur D.Mazaud[50], au risque de voir ce forfait minoré, sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, s'il est manifestement excessif. A défaut de clause pénale, les juges devraient sanctionner plus lourdement la violation de ces contrats pour dissuader les promettants de se rétracter ou de conclure avec un tiers afin de rendre à la promesse une force obligatoire.

[50] JCP 95 G, Denis Mazaud, n°22366 sous Cass. Civ 3ème, 15 décembre 1993.